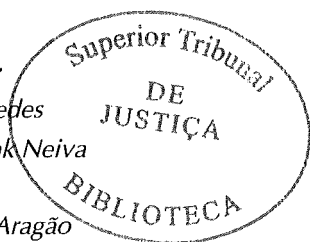


Coordenação:
Jefferson Carús Guedes
Juliana Sahione Mayrink Neiva



Alexandre Santos de Aragão
Guilherme Calmon Nogueira da Gama
Marcelo de Siqueira Freitas
Ministro Gilmar Ferreira Mendes
Ministro João Otávio de Noronha
Ministro Luiz Fux
Ministro Marco Aurélio Mello
Romeu Felipe Bacellar Filho

Concessão de Rodovias

Encontro Jurídico Sobre
Concessão de Rodovias – Brasília, 2011

Editora Quartier Latin do Brasil
São Paulo, outono de 2012
quartierlatin@quartierlatin.art.br
www.quartierlatin.art.br

34:625.7(81)(061.3)
E 56c

Editora Quartier Latin do Brasil

Rua Santo Amaro, 316 - Centro - São Paulo

Contato: quartierlatin@quartierlatin.art.br

www.quartierlatin.art.br

Coordenação editorial: Vinicius Vieira

Diagramação: Antonio Marcos Cavalheiro

Revisão gramatical: Rafael Almeida

Capa: Eduardo Nallis Villanova

GUEDES, Jefferson Carús; NEIVA, Juliana Sahione Mayrink (coords.). Concessão de Rodovias – Encontro Jurídico Sobre Concessão de Rodovias – Brasília, 2011. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

1. Direito Administrativo. I. Título

ISBN: 85-7674-602-6

Índice para catálogo sistemático:

1. Brasil: Direito Administrativo

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS. Proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer meio ou processo, especialmente por sistemas gráficos, microfilmicos, fotográficos, reprográficos, fonográficos, videográficos. Vedada a memorização e/ou a recuperação total ou parcial, bem como a inclusão de qualquer parte desta obra em qualquer sistema de processamento de dados. Estas proibições aplicam-se também às características gráficas da obra e à sua editoração. A violação da divisação ou da reprodução total ou parcial (art. 184 e parágrafos do Código Penal), com pena de prisão e multa, busca e apreensão e indenizações diversas (arts. 101 a 110 da Lei 9.610, de 19.02.1998, Lei dos Direitos Autorais).

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA	
BIBLIOTECA M. OSCAR SARAIVA	
Nº	DATA
3036059	29-11-14

1017214

A CONCESSÃO DE RODOVIAS NA JURISPRUDÊNCIA DO STF

Luiz Fux

Ministro do Supremo Tribunal Federal

Bom dia a todos.

Inicialmente quero manifestar duas grandes satisfações em participar deste evento. Em primeiro lugar pelo fato de eu haver verificado neste momento que não é só um evento promovido por uma entidade interessada em certificar-se da visão do judiciário acerca da concessão de rodovias, mas, acima de tudo, porque também é um evento que tem como coadjuvante as associações dos magistrados.

Eu sempre falo com muito orgulho que sou magistrado de carreira e considero que essa nossa função é, talvez, o mais alto apostolado que o homem possa se dedicar neste mundo de Deus. Deveras, é importantíssimo trocar experiência com os colegas e em poucas palavras poder compartilhar aquilo que eu vivi no dia em que tomei posse no STF, isto é, a satisfação de saber que comecei como juiz de carreira, no interior do Estado do Rio de Janeiro, percorri todas as instâncias judiciárias e me tornei Ministro da mais alta Corte de Justiça do país, sonho esse que traduz a possibilidade em que os demais colegas de carreira podem se ancorar.

Agradeço a Deus pela imensa oportunidade de ocupar uma vaga no Supremo Tribunal Federal, prova de que os sonhos não se equivocam, e é deles que nós temos que viver. A presente digressão, longe do ufanismo, revela testamento de fé aos heroicos juízes de carreira; esses nobres trabalhadores que dedicam suas vidas ao venerado ofício que é a magistratura, os quais aconselho que continuem alimentando os seus sonhos, porque a vida é uma ousadia, senão ela não é nada.

É bem verdade que em nossa trajetória passamos por desventuras, alguns projetos sequer se concretizam, pessoas queridas se vão, mas não são nessas agruras que temos que nos supedanear, e sim nas agradáveis surpresas e realizações que Deus reserva para aqueles que se esforçam e trabalham com esmero e dedicação para construir um mundo melhor.

Em segundo lugar, porque há uma coincidência muito interessante acontecendo nesta ocasião. É que na última oportunidade em que eu participei de um evento com as entidades aqui presentes – às quais eu aproveito para agradecer o convite, em especial à COPDEEM, à AMB, à Academia Paulista de Magistrados, à UNAFE, AJUFE, ao Instituto Perspectiva, à Escola da AGU e à CCR S/A – eu era Ministro do Superior Tribunal de Justiça, e hoje, graças à Deus, me encontro em outra condição, a de Ministro do Supremo Tribunal Federal, de sorte que quem tem aqui as suas superstições está no local mais que apropriado e na ocasião mais que oportuna para acreditar nelas.

Todos nós temos a clara percepção de que o neoconstitucionalismo é fruto daquilo que Eric Hobsbawm denominou de “a era dos extremos”. Experimentamos, lamentavelmente, no pretérito século XX, as duas grandes guerras mundiais, que a despeito das tragédias dela decorrentes, logramos avanços como, por exemplo, a navegação na internet que foi inexoravelmente substituída pela navegação dos mares e ficou evidentemente demonstrado que o Estado, seja através da política do *Laissez-faire*, *Laissez-passer*, ou através da sua estratégia intervencionista, não prosperou em nenhum desses momentos radicais.

Com essa conclusão, o Estado, através de uma percepção lógica na era do pós-positivismo, preferiu se desincumbir do encargo de exercer suas funções e suas atividades estratégicas de forma monopolizada, admitindo que houvesse uma atividade coadjuvante ao poder público das entidades privadas.

Com efeito, essa é uma consequência inerente ao neoconstitucionalismo, segundo a qual o Estado não só exerce as suas atividades, mas também admite a prestação indireta dos serviços públicos por outras entidades através da estratégia, como se vê da concessão e da permissão em que, ao mesmo tempo, estabelece a possibilidade de ser coadjuvado pela iniciativa

privada que presta os serviços que, em tese, seriam públicos, mas que competem com o setor privado na livre iniciativa. Sobreleva enfatizar que, em tais circunstâncias, a titularidade do serviço público permanece com o Estado, pois o que se transfere ao particular é a prestação do serviço e não o serviço em si.

Recentemente, inclusive, o STF teve a oportunidade de decidir sobre a legalidade e constitucionalidade das organizações sociais, assunto que ainda está sob júdice, mas de qualquer maneira revela uma demonstração de que o Estado tem a percepção de que precisa ser coadjuvado para exercer a contento os seus serviços, muito embora empreenda atividades de regulação, de fiscalização e aperfeiçoamento, através dos Tribunais de Contas estaduais, do TCU, ou mesmo, através do MP e etc.

Por outro lado, um fenômeno muito interessante, que temos verificado também na prática, é que o Estado, através de uma atividade prospectiva, ao mesmo tempo em que lança mão da adoção de políticas pública, anuncia as políticas públicas. E atualmente um tema muito interessante para nós magistrados é essa questão da judicialização dessas políticas que podem interferir em diversos segmentos da atividade, inclusive nas concessões de transportes e rodovias, etc., principalmente na parte relativa à execução de tais políticas.

Nós juízes estamos sendo incitados a todo o momento a verificarmos a possibilidade de tornar jurídicas as políticas adotadas pelo chefe do Executivo para um melhor atendimento das necessidades da coletividade. Nós temos exemplos de países como África do Sul, Bolívia, Venezuela, que adotam medidas semelhantes ao nosso mandado de injunção para determinar que o Estado cumpra essas políticas públicas, com o principal escopo de conferir maior proteção aos direitos fundamentais.

E hoje trava-se, como todos sabem, na doutrina, um grande confronto entre, digamos assim, o mínimo existencial e

a reserva do possível, capitaneados pelo professor Oto Barroff e na Alemanha Karl Schuster, no que pertine à alegação de que o princípio da dignidade humana exige que as pessoas tenham um mínimo existencial e, por outro lado, numa visão capitalista, a afirmação de que o dinheiro não nasce em árvores, muito embora, o verde do dinheiro seja o mesmo verde das árvores.

De qualquer maneira, essa tem sido uma questão tormentosa para nós magistrados, sobre a possibilidade de aplicar a essa judicialização a regra de que todo direito corresponde a uma ação que o assegure. Então, é preciso que Estado não só sacramento na Constituição os ideais da nação, mas faça valer aquilo que ele preceituou no Texto Magno.

Sob esse enfoque, é exatamente através da concessão que o estado procura obviar essa atividade coadjuvante, ao estabelecer no Artigo 165 da Constituição Federal que incumbe ao poder público na forma da lei diretamente ou sob regime de concessão ou permissão sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

Então, aquela atuação que era direta e imediata, hoje se realiza através da concessão, no caso específico que estamos vendo aqui, em que o concessionário em nome próprio exerce a sua atividade sob sua conta e risco, sendo fiscalizado pelo Estado, muito embora a responsabilidade do estatal seja subsidiária e sempre sob o ângulo da legalidade. Por isso, repito, nós magistrados somos provocados a todo momento a eliminarmos as práticas ilegais decorrentes dessa sistemática, destacando-se a prática ilegal da continuidade de serviços públicos prestados sem concorrência.

E o que assume em primeiro lugar, evidentemente, em todo Direito Público, é o princípio da legalidade. Toda concessão está regida pelo princípio da legalidade na sua extensão, na sua concepção e nos seus elementos substanciais. Sobreleva notar que o princípio da legalidade encontra-se indissociável das atividades

que exercemos diuturnamente ao trabalhar com as questões de Direito Público. Isso se tornou mais enfático para mim no momento em que fui para o STJ, porque paradoxalmente passei a minha vida inteira forjando minha carreira no Direito Privado e, quando fui para a Corte Superior, ingressei imediatamente na 1ª sessão, Órgão que aprecia as matérias de Direito Público, ocasião em que trabalhei por 10 anos.

Cediço é que, enquanto no Direito Privado pode-se fazer tudo o que não é proibido em lei, no Direito Público, pelo princípio da legalidade, o administrador só pode fazer aquilo que está autorizado na lei. E, numa oportunidade no STJ, permitam-me contar esse caso, nós tivemos a presença do presidente da Corte de Cassação Italiana, que afirmou: “O princípio da legalidade não é um princípio que tem um sentido unívoco.”

Por exemplo, aqui, no Brasil, o princípio da legalidade significa que o administrador só pode fazer aquilo que manda a lei, salvo o que é vedado em lei. Na Alemanha, o mesmo princípio diz que não pode fazer nada salvo o permitido na lei. Na Itália, pode fazer tudo, inclusive o que não é permitido pela lei. E, na União Soviética, não se pode fazer nada, nem mesmo aquilo que está autorizado na lei.

É de bom alvitre ressaltar que a despeito de a legislação pátria adotar como corolário o princípio da legalidade, esse deve ser observado de forma coerente. A nossa concessão é vinculada à legalidade, vinculada à licitação, vinculada, digamos assim, ao contrato administrativo.

O segundo aspecto muito interessante da concessão é que o concessionário atua em nome próprio. O concessionário hoje absorve a atividade para si e atua tal como se fosse uma pessoa jurídica de Direito Privado. Normalmente é constituído sob essa modalidade, muito embora o Estado tenha uma responsabilidade subsidiária. Eu trouxe alguns acórdãos que, no meu modo de ver, foram lavrados quando não se tinha essa

concepção da concessão, qual seja de uma concessão levada a efeito por uma pessoa jurídica de Direito Privado, o que, sendo analisado com acuidade, traduz várias vantagens.

Nós hoje temos os guinchos, os socorros imediatos, a conservação e segurança das estradas, etc. Isso se torna mais perceptível para quem viaja atravessando as longas rodovias interestaduais. Por outro lado, temos também a responsabilidade objetiva das concessionárias que só são eximidas dessa responsabilidade nas estritas hipóteses legais. Não é demais reconhecer que os benefícios são magníficos. Isso porque as concessões empreendem uma otimização na prestação de serviço público e, ao mesmo tempo, se sujeitam ao regime jurídico de Direito Privado.

Em contrapartida, a concessionária se mantém da exploração do seu serviço. Em muitas ocasiões nós observamos assim certa postura paternalista em razão da existência da concessão. Mas na Corte Especial do STJ inúmeras vezes eu verifiquei que essa postura paternalista é uma postura que não leva em consideração o fato de que a concessionária precisa sobreviver através da exploração de seu serviço viabilizado pela cobrança da tarifa. Quanto maior for a liberdade para a concessionária do serviço público exercer a sua atividade, obedecendo, dentre outros, o princípio da modicidade da tarifa, mais eficiente será o serviço prestado.

Foram vários os litígios que enfrentamos no STJ, sendo que muitos deles não levaram em consideração a questão relativa à liberdade de exercício da concessionária do serviço público, ao passo que, concluímos, de alguma maneira essa questão afastava a preocupação com o denominado "risco Brasil". É que nenhuma empresa vai querer investir no país se não tiver um mínimo de segurança e se não cumprirmos aquilo que foi prometido quando do edital de licitação e quando da contratação. Mais que isso, se não dermos o mínimo de liberdade para que essas empresas

exercçam, dentro da razoabilidade e legalidade, suas funções nos moldes em que foram contratadas.

E não é por outra razão que uma das situações mais tormentosas no âmbito da discussão sobre as concessões é a questão relativa ao equilíbrio econômico-financeiro do contrato, aquele rompimento do ambiente econômico à data em que foi celebrado o vínculo fazendo incidir a Teoria da Imprevisão traduzida pela cláusula *rebus sic standbus*.

O contrato de concessão é um contrato eminentemente administrativo, com alguns delineamentos de Direito Privado, mantendo-se a supremacia do poder público, muito embora, hoje, através de uma doutrina francesa moderna e também da doutrina brasileira do professor Marçal Justem Filho e do professor Celso Bandeira de Mello, nós verifiquemos que houve uma superação daquela velha máxima, de que *The king can do no wrong*. Quer dizer, o rei não pode errar e o particular tem que sofrer todos os prejuízos.

Pelo contrário, hoje a lei nº 8.666/1993, que trata das licitações e contratos administrativos, regula todas essas surpresas passíveis de indenização por força da cláusula pétrea que garante a segurança jurídica. No teor do contrato de concessão, nós inserimos que as concessionárias de rodovias, exatamente porque oferecem todos os serviços já mencionados (guincho, segurança etc.) nessa esteira, é imprescindível que as mesmas devem se preparar para o exercício de uma função pública através de uma atividade privada, sujeita ao regime jurídico público e estando mitigada pela responsabilidade objetiva diante do que possa acontecer na rodovia.

Não é por outra razão que a ela (concessionária) se aplica integralmente o Artigo 37, parágrafo 6º da Constituição Federal, no sentido que as pessoas jurídicas de Direito Público e as pessoas jurídicas de Direito Privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes nessa

qualidade causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável. Trata-se da versada responsabilidade objetiva do Estado, porquanto a titularidade do serviço público não se desvencilha de seu manto.

Então, aqui, talvez, seja um dos aspectos que mais gravitam em torno dos tribunais, que é o problema dessa responsabilidade civil. Verificamos que no STF (e o nosso tema é concessão à luz da jurisprudência), pelo menos por hora, essa questão da responsabilidade civil ou é uma questão eminentemente jurídica ou é uma questão fática que acaba não sendo conhecida pela Corte Excelsa. Ela é basicamente cognoscível pelo Tribunal Infraconstitucional que é o STJ.

Se a responsabilidade do Estado é subsidiária, a primeira responsabilidade é exatamente da concessionária. Assim, constatamos que o STF coloca o Estado na linha de frente, porque ele tem responsabilidade subsidiária e, sendo assim, entende-se de qualquer forma que ele tem responsabilidade. Isso não é um problema de legitimação de causa, porque a legitimidade seria uma análise abstrata da responsabilidade, mas, pelo que até aqui se discutiu, o Estado tem a responsabilidade subsidiária e isso implicaria, evidentemente, se nós admitirmos que a responsabilidade é do Estado, que o mesmo possa regredir contra a concessionária.

E vamos encontrar também diversos acórdãos à luz da legislação infraconstitucional, talvez, no meu modo de ver, mais corretos, que impõem à concessionária a responsabilidade civil. Eventualmente, ela pode regredir contra quem deu causa àquela lesão ao direito de outrem.

É claro que nós não podemos olvidar que à luz do edital de licitação e à luz do contrato o Estado eventualmente pode permitir, pode subsidiar e pode se comprometer a algumas obrigações que viabilizam o contrato de concessão. Então, se eventualmente um dano ocorrer por falta de subvenção do Estado,

daquilo que ele se comprometeu no edital e no contrato é mais que manifesto o direito de a concessionária regredir contra ele. O que diz a Constituição é exatamente que essa responsabilidade tem que ser analisada sob dois ângulos: em primeiro lugar, a responsabilidade é sob o ângulo privado e, em segundo lugar, a responsabilidade é subsidiária do Estado.

Mas toda vez que se admite a responsabilidade estatal há de se permitir também que a concessionária regrida contra o Estado e vice-versa. Se a concessionária eventualmente causar uma lesão por força de uma omissão do Estado que se comprometeu na licitação a criar condições favoráveis para que ela pudesse exercer a sua atuação, evidentemente que a concessionária também tem ação de regresso contra o Estado. Há casos em que fica por conta da concessionária vigiar, policiar e manter a estrada e, nesse caso, evidentemente, a responsabilidade ser-lhe-á exclusiva.

E do mesmo modo há casos em que o próprio Estado fica obrigado a fazer a vigilância da rodovia. Fica obrigado a impedir, por exemplo, a ocorrência de invasão de animais nas estradas, de assaltos (o que, infelizmente, acontece com frequência). Nessa seara, se a incumbência disser respeito somente ao Estado, o mesmo terá responsabilidade direta pelas eventuais ocorrências.

Voltando ao caso de invasão de animais na estrada, se nada ficar estipulado, evidentemente que a responsabilidade será da concessionária contra o dono do rebanho.

Outra questão também que sempre nos chama a atenção é a que diz respeito aos direitos e deveres protegidos à luz do Código de Defesa do Consumidor quando tratamos da concessão de serviço público, na medida em que a relação jurídica estabelecida entre a concessionária e o Estado, ou vice-versa, acaba dando azo a uma gama muito grande de contencioso judicial, especialmente quando questionado o fiel cumprimento do que foi avençado em decorrência dessa relação.

O que se coloca em discussão é a questão relativa ao poder de império do concedente com sua atribuição de fiscalização, com seu poder de regulação e de auto tutela, alterando condições do negócio jurídico por interesse público, mas indenizando se houver necessidade em razão dessa alteração. Nas palavras de José dos Santos Carvalho Filho, *in Manual de Direito Administrativo*, 24^a ed. Rio de Janeiro, Lumen Juris, "Sendo a concessão um contrato administrativo, constitui característica natural do ajuste a desigualdade das partes, de modo a conferir posição de supremacia ao poder concedente".

E ainda a atividade *Self Executing*, ou seja, a possibilidade que o Estado tem de aplicar sanções independentemente de recorrer ao judiciário, evidentemente assegurado à concessionária por força do princípio da inafastabilidade, a possibilidade de rever a sanção pelo crivo do judiciário.

E, por outro lado, a concessionária tem o direito de ficar adstrita ao contrato de concessão. Tem o direito de exigir que sejam cumpridas todas as cláusulas que foram estabelecidas na licitação e *a posteriori* no contrato de concessão. Utiliza-se da doutrina francesa do direito administrativo a expressão "álea ordinária e álea extraordinária." A primeira corresponde aos riscos normais de qualquer empreendimento e que devem ser suportados pelo concessionário. Não ensejam qualquer cobertura por parte do poder concedente. Se a concessionária fez um mau negócio, caberia a ela avaliar e, por isso, não caberá nenhuma ingerência do poder judiciário sobre essa questão.

Noutra perspectiva tem-se o que o ordenamento jurídico brasileiro não corrobora com o que a doutrina francesa denomina de "álea extraordinária". Significa uma oneração imprevisível e superveniente, que inviabiliza o comprimento do contrato. Conforme Caio TÁCITO, ao citar a álea econômica, *in Direito Administrativo*, São Paulo, 1975, "A álea econômica é, por natureza, extraordinária, excedente aos riscos normais admitidos

pela natureza do negócio. Os fenômenos da instabilidade econômica ou social (guerras, crises econômicas, desvalorização da moeda) são as causas principais do estado de imprevisão, tanto pela importância do impacto de seus efeitos, como pela imprevisibilidade de suas consequências”.

Isso não pode acontecer, não só pelo aspecto privado, mas principalmente pelo aspecto público. Assim, a concessionária fica adstrita àquele objeto da licitação, ainda que haja um aumento do objeto nela especificado. Há aqui uma área em que se tangencia inclusive o princípio da moralidade administrativa, porque muitas vezes a pretexto de se aumentar o objeto da licitação nós magistrados nos deparamos com casos em que aquele aumento do objeto da licitação significava uma concessão sem licitação, o que não se revela adequado no ordenamento jurídico brasileiro.

E, além desse aspecto público, também não é razoável que a concessionária suporte algo pelo qual ela não se comprometeu à luz do edital e à luz do contrato. Então, é por essa razão que a Constituição Federal depois veio a ser regulada pela Lei 8.987 de 1995, que dispõe, no inciso 21 do Artigo 37, que ressalvados os casos especificados na legislação, as obras e serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta nos termos da lei, o qual somente permitirá exigências de qualificação técnica e econômica, indispensáveis à garantia das obrigações.

Decidindo acerca da garantia da intangibilidade da equação econômico-financeira do contrato administrativo, consignei no REsp nº. 961.376/RS, Dje- 22.09.2008, que “A vinculação do Edital ao contrato tem como consectário que as tarifas fixadas pelos proponentes servem como um dos critérios para a escolha

da empresa vencedora do certame, sendo elemento contributivo para se determinar a viabilidade da concessão e estabelecer o que é necessário ao equilíbrio econômico-financeiro do empreendimento, tanto que o artigo 9º da Lei nº 8.987, de 1995, determina que “a tarifa do serviço público concedido será fixada pelo preço da proposta vencedora da licitação.”

Essa Lei nº 8.987/95 que regulamentou o Artigo 175 das concessões, dispõe: “Sempre que forem atendidas as condições do contrato, considera-se mantido o seu equilíbrio econômico-financeiro.” Então, se nada escapar daquilo que nele foi estabelecido, não há de se indagar, em juízo, sobre a equação econômico-financeira do contrato, que continua sendo uma matéria de mérito administrativo. E aí voltamos àquela regra coloquial, se foi um mau negócio, se foi mal avaliado, se isto é álea ordinária, se isto não é álea extraordinária. Não é um novo serviço, não é um novo ônus que se impõe à concessionária.

Talvez seja uma zona bastante limítrofe essa de verificar o que está dentro do âmbito da concessão e o que está fora dela. Mas tudo isso tem uma implicação direta com essa questão da equação econômico-financeira do contrato. Essa cláusula que se inseriu aqui na Constituição pós-positivista de 88, a manutenção das condições do contrato, significa dizer que hoje essa equação econômico-financeira do contrato de concessão adquiriu um status constitucional, o que não havia antes.

Antes, na verdade, a teoria do desequilíbrio do contrato e da imprevisão do contrato era uma questão doutrinária, que surgiu com a teoria da imprevisão perfilhada pelo professor Arnaldo Medeiros e que depois foi sendo consagrada pela jurisprudência, porque havia uma grande tradição romano-germânica do nosso sistema em adotar essa claridade das palavras, a *pacta sunt servanda*.

E a bem da verdade a cláusula *rebus sic standibus* deve sempre ser excepcional, os pactos nasceram para serem cumpridos, tal

como foram firmados. Eu me recordo que certa feita, num debate com alguns segmentos comerciais dos EUA, percebi que eles tinham uma profunda dificuldade de entenderem essa questão da cláusula *rebus sic standbus*. Porque lá se adquire um bem ou se realiza ou empreende uma concessão em termos fixos e aquela confiança, aquela sacralidade das palavras não vai ser alterada.

Ao passo que a cláusula *rebus sic standbus*, muito embora tenha um caráter consubstancial de justiça, ela de alguma maneira representa uma surpresa, representa uma ruptura da segurança jurídica. Então, é muito importante que tudo fique bem claro no edital, bem claro no contrato, porque nós nos deparamos na Corte Especial do STJ inúmeras vezes com queixas de empresas que vinham investir no Brasil e que não sabiam que podiam ser pegos de surpresa com essa modificação do ambiente objetivo originário do contrato. E a Corte Especial, através de suspensões de liminares, costumava manter aquelas condições originais para conferir maior prestígio à atuação do Brasil no mercado internacional.

Aliás, aqui um parêntese nessa recente discussão foi trazido à baila pela percepção de que no cenário internacional uma decisão como a do caso Battisti poderia eventualmente abalar as relações do Brasil. Evidentemente que isso é um argumento *ad teori* que nós mesmos estamos acostumados a vivenciar. Quem de vocês juízes que às 5 horas da tarde de uma sexta-feira não foi surpreendido por um advogado desesperado precisando de uma liminar, sob pena de morrer uma família inteira, levando o Juiz à angústia, por ter que decidir naquela hora tal qual pretendia o jurisdicionado. Então, nós estamos acostumados com esses argumentos. A carreira do magistrado vai ajustando-o nesta linha.

Então, só para aproveitar o ensejo de estar entre colegas e também não colegas, é mister difundir tais hipóteses fáticas, para melhor fixação do vosso aprendizado. A realidade é a seguinte:

pior do que um país que eventualmente não cumpre o que no tratado foi avençado, pior que um país que não cumpre um tratado internacional, é um país que desautoriza, humilha o seu chefe de Estado perante a comunidade internacional. Eu também tenho outra visão, acho que o Juiz e o poder judiciário têm que ter mais dever do que poder. Não temos que nos deslumbrar com o poder, e sim, termos fome de fidedignamente cumprir o dever.

O poder judiciário é exercido dentro de determinados limites. Vivemos num país de *check in balance*, ou seja, peso e contrapeso. Há assuntos insindicáveis, há uma reserva política que a gente não entra. Nós podemos discutir a conveniência de uma legislação, a conveniência de uma obra pública, nós podemos discutir o veto. Nós só podemos discutir um processo legislativo se houver um vício formal qualquer. Não podemos discutir atos intramuros desses poderes.

E a mesma coisa aqui. O próprio Ministro Ayres usou um trocadilho bem interessante: ele disse que na extradição o que vigora é a seguinte regra: Se não, não. Se sim, talvez. Se disser não pode extraditar, não pode extraditar. Se disser pode extraditar, talvez. Porque cabe ao (à) Presidente da República arcar com as consequências do seu ato de soberania perante os outros países.

O poder judiciário, por mais que nós tenhamos orgulho de pertencermos a ele, detém soberania interna. O Juiz, quando penhora portas adentro, pratica atos de soberania. Vende o bem do devedor na execução sem perguntar a ele se ele quer vender ou não. Aliena, expropria propriedade, mas a nossa soberania é aqui dentro. Nós não temos soberania externa. Quem tem soberania externa é o (a) Presidente da República.

Então, houve um consenso de que há limites para atuação do judiciário no âmbito nacional. Nós temos a obrigação de aferirmos se estão presentes as condições da extradição. Agora se vai – me perdoem de comentar isso, mas eu sei que vocês estão

doidos para eu comentar – há um limite em que o Supremo tem que parar. É crime político ou não é crime político? É brasileiro? Não é. Não tem nenhum empecilho, então pode extraditar? Pode. Entretanto, esse juízo compete à Presidência da República. E no caso específico havia uma cláusula do tratado que dizia que se o Presidente da República supusesse que poderia haver alguma coisa contra aquele extraditando, ele então dentro de seu juízo político poderia não extraditar. E se ainda assim não bastasse – eu tenho dois meses e meio no Supremo, para o meu grau de orgulho – antes, no ano passado, decidiram que o Presidente resolveria à luz do tratado.

E é quase que sintomática essa suposição do Presidente, tantas foram as reações 30 anos depois. Que popularidade tem esse homem que eles querem lá de qualquer maneira. Então, claro que o Presidente da República que conhecia bem a República Italiana fez aquilo que entendeu que deveria fazer. Em ritual no plano da soberania nacional foram as manifestações que vieram de lá e que estão dentro dos autos e até são indeclináveis. Principalmente partindo das autoridades de que essas declarações partiram. Isso é que é absolutamente indeclinável. Tem que ler para acreditar no que foi dito.

Então, em linhas gerais temos o contrato de concessão que nós juízes estamos acostumados a lidar diuturnamente. O STF na verdade não tem uma jurisprudência expressiva sobre os contratos de concessão. Porque dificilmente isso é colocado à prova. Ademais, na maioria dos casos não se vislumbra ofensa direta ao texto da Carta Magna, o que inviabiliza a abertura das portas do Supremo para apreciar as demandas que discutem o contrato de concessão.

Nós temos algumas questões pontuais. Mas, o importante para nós mesmos – eu vou tocar nessas questões pessoais – é que compreendamos a importância da jurisprudência não só na concessão, mas em todos os contratos de Direito Público que, de

uma maneira geral, envolve o interesse da coletividade e por isso goza de proteção incondicional do poder judiciário. Destaco que no ofício de realização da atividade institucional, recentemente, participei de um evento com membros da Corte Americana, membros da Corte Italiana, da Corte Alemã, e verifiquei assim um quadro sintomático que revela que a jurisprudência tem que ter uma força muito grande em todas as questões que perpassam o judiciário nacional.

Assim, revelou-se constrangedor o que vimos na Alemanha. A Corte Alemã, equivalente ao Superior Tribunal de Justiça, tem 3 mil processos por ano. Está preocupada com a duração razoável dos processos e, com isso, se desincumbe de sua atividade com a única preocupação de julgar os 3 mil processos. Ato falho. O STJ tem 250 mil processos. Então, de 3 mil para 250 mil é grande a diferença.

Agora, um tanto quanto humilhante foi observar que a Corte Americana julga 77 processos por ano enquanto nós, no ímpeto de bem fundamentar as decisões, ao invés de julgarmos 77 processos por ano, escrevemos 77 livros em cada voto. E nós somos incitados, por exemplo, a decidir quase 14 mil processos por ano. Temos um acervo de 88 mil processos. Evidentemente, está na hora de darmos a mão à palmatória daquilo que já afirmaram que houve no primeiro quartel do século passado, que um dia a grande evolução do processo significaria a sua morosa lentidão.

Estamos num momento próprio para que a jurisprudência dos tribunais superiores tenha uma força obrigatória. Porque no primeiro plano a jurisprudência confere previsibilidade, confere segurança e isso é importante para as atividades econômicas em geral. Porque se pode antever as consequências. Hoje, todo e qualquer profissional do Direito inicia o seu trabalho consultando a jurisprudência dos tribunais superiores. Porque são essas Cortes que uniformizam a aplicação das leis bem como

a legitimidade de sua aplicação. Não há profissional do Direito, Juiz, Promotor, Defensor que não comece a trabalhar consultando pela via mundial de computadores quais são as jurisprudências dos Tribunais. Então, a jurisprudência tem tanta presunção da legitimidade hoje como têm as leis. Por isso, os Tribunais precisam agir com cautela ao atualizarem a sua jurisprudência, porque isso pode causar um efeito extremamente danoso àqueles que se baseiam na jurisprudência para fundamentarem seus pedidos, considerando, ainda, o sistema constitucional que garante como cláusula pétrea a segurança jurídica.

Saliente-se que a jurisprudência do STF é algo muito caro. Em primeiro lugar, porque através de um trabalho hercúleo do Ministro Victor Nunes Leal, nós alcançamos aquelas súmulas do STF que tanto têm informado como fonte ilustrativa as decisões iniciais. Em segundo lugar, depois da Emenda 45 nós adquirimos a súmula vinculante que obriga até a administração pública, as concessionárias, enfim, a todos o cumprimento das suas decisões.

E as nossas origens remontam à força da jurisprudência, à exemplo das casas de suplicação cujos assensos significavam verdadeiras súmulas vinculantes. Outro dia eu soube, por curiosidade, quando convidado para um evento, que o estatuto da Universidade de Coimbra, que é uma universidade de excelência, existente desde 1772, até hoje consagra que os professores de Direito têm que ensinar nas aulas a glosa dos doutrinadores e a doutrina dos casos julgados.

Eu particularmente sinto muita saudade dessa época, quando era professor de bacharelado. Depois de toda aula, meu último tópico sempre foi a visão crítica do sistema e a jurisprudência. Mostrar para o acadêmico o que ocorre na prática reiterada dos Tribunais. Porque os fatos coloquiais, que circulam na boca do povo, têm uma importância muito grande. A teoria ganha roupagem completamente diferente na prática.

Então, nós precisamos valorizar e reforçar a jurisprudência, porque é dela que surge a segurança jurídica prometida pela Constituição Federal.

Voltando à questão específica das concessionárias do serviço público, temos, na jurisprudência do STJ, acórdãos no sentido que na colisão de veículos na rodovia a responsabilidade é da concessionária. Isso é a jurisprudência do STJ. Mas encontramos também que em acidentes com animal na pista, a omissão é por parte do Estado, de sorte que a responsabilidade civil nesses casos é dele e não da concessionária. Ainda encontramos aqui acórdãos no sentido de que a viatura policial que trafega pela rodovia e eventualmente provoca acidente, muito embora esteja na rodovia a responsabilidade não é objetiva do Estado, mas da concessionária.

Esta é uma zona interessante de imbricação, se considerarmos que o Estado tem sempre a responsabilidade objetiva. Qualquer acidente causado por uma viatura oficial a responsabilidade objetiva é do Estado, mas se ocorrer numa rodovia, dependendo das circunstâncias do caso concreto, a responsabilidade objetiva é da rodovia. Há outros acórdãos atribuindo a responsabilidade de danos morais e materiais ao Estado, apesar da sua responsabilidade subjetiva, por omissão do seu dever de fiscalização da concessionária. Porque uma das prerrogativas do poder concedente é o poder de fiscalização. Então, nós vamos registrar aqui que encontramos vários acórdãos, inclusive um recentíssimo que estabelece uma responsabilidade solidária entre o Estado e a concessionária. Ou seja, enxerga a subsidiariedade como solidariedade.

E outros também com base na omissão e responsabilidade da concessionária por má conservação das vias. E outros mais que eu vou deixar aqui à disposição da organização do evento, que têm os números dos acórdãos que os senhores poderão consultar.

Duas discussões são muito salientes no STJ. A primeira delas é a relativa à questão econômico-financeira do contrato, notadamente no que se refere à utilização da rodovia, à necessidade de se pagar tarifa e à violação ao princípio que impede a liberdade de tráfego, aponta o Artigo 150 da Constituição Federal. Outra questão que se encontra prevista na jurisprudência do STF é a situação inerente à necessidade de uma via alternativa para escapar da obrigação de pagamento do pedágio.

Então, essas são as questões mais, digamos assim, que se pode encontrar em raríssimos acórdãos do STF. Então, a primeira postura do STF é entender que o pagamento de pedágio não viola a cláusula pétrea que impede a livre circulabilidade das pessoas. Não impede o tráfego de pessoas e nem de bens. Até porque estabelece a Constituição Federal no Artigo 150: “Sem prejuízo das garantias constitucionais e previstas como direitos fundamentais, as garantias setoriais ou regionais, é vedado ao Estado, à União e ao Município estabelecer limitações ao tráfego de pessoas ou bens por meio de tributos interestaduais ou intermunicipais ressalvada a cobrança de pedágio.” Então, a própria Constituição Federal é específica em ressaltar a cobrança de pedágio de sorte que no STF não há mais lugar para discutir se tal cobrança invade a garantia constitucional da livre circulação de pessoas ou não.

E uma segunda questão se afigura sobremodo interessante. Ela era muito cogitada no STJ, mas eu a vi também enfrentada no STF, que trata exatamente da possibilidade de cobrança do pedágio tendo em vista a inexistência de via alternativa. A existência de via alternativa – e agora, vamos voltar àquele velho exemplo do presidente da Corte Italiana – no Brasil necessitaria de obedecer ao princípio da legalidade, então teria que haver uma lei estabelecendo que só se pode cobrar pedágio onde há via alternativa.

Onde não há via alternativa não se pode cobrar pedágio. E não há essa lei. E como nós estamos no campo da legalidade, a minguada da existência da lei e a minguada da existência de previsão na licitação e no contrato, não se pode impor segundo a jurisprudência do STF essa obrigação às concessionárias. Até porque isso poderia inviabilizar o negócio engendrado com o Estado. Nós já tivemos um caso em que a concessionária comprovou que, se não fosse a possibilidade de cobrar pedágio, ela nem teria ingressado naquela licitação para participar de uma concorrência através de concessão de rodovias.

De sorte que essa cobrança de pedágio está encartada dentro da possibilidade do contrato de concessão e ela não inviabiliza nem afronta essa questão da liberdade de tráfego. Algo de *Lege Ferenda* que eu considero importante é o seguinte: É que hoje várias questões relativas à concessão de rodovias não passam pela apreciação da Corte Suprema, exatamente por força da natureza infraconstitucional das questões que são travadas.

E é lamentável muitas vezes nós verificarmos que um recurso extraordinário não é conhecido, porque a matéria que ele veicula é infraconstitucional ou demanda reexame do contexto fático-probatório dos autos. Ou o recurso especial não é conhecido, porque a matéria é constitucional. Aí a parte é obrigada a interpor os dois recursos cujo desfecho é a inadmissão por força de súmula. Apenas como um acréscimo *a latere* desse debate é que o novo Código de Processo Civil prevê exatamente essa possibilidade de aproveitamento de recurso. Se o STJ verificar que a matéria é de natureza constitucional, ele deverá remeter ao STF. E se o STF entender que a matéria é infraconstitucional, ele remeterá ao STJ. Evitando que a parte não mereça receber o seu último tratamento em nível jurisprudencial.

Participante fala sem microfone.

Ministro Fux: Na verdade, o conflito pressupõe que ambos os juízos queiram praticar atos. E aqui há um recurso ou manifestação voluntária da parte que apenas endereçou o seu pleito a um juízo incompetente. Hoje, por exemplo, no mundo inteiro, a partir do julgamento da corte de cassação italiana, entende-se que o problema da competência é um problema filigranático diante do princípio de que a tutela judicial tem que ser efetiva, tem que ser realizada. Nós que somos juízes – e reitero que comecei numa comarca do interior, trabalhando com direito de família, criminal, civil, ou seja, fazia de tudo – precisamos nos atentar não só para a aplicação fria da lei, mas para a consecução do ideal-mor, que é o alcance da justiça.

A jurisdição é una. Voltando à Corte de Cassação Italiana, onde há contencioso administrativo, entendeu que muito embora o processo devesse ter começado na instância judicial, começou na instância administrativa, pelo princípio da *translatio iudice*, tudo que foi aprovado na esfera administrativa deveria ser aproveitado pelo judiciário que só se limitaria a definir a questão de mérito, a questão de fundo.

E assim vai ser também no novo Código de Processo Civil. E aí a palestra já está virando propaganda do novo Código de Processo Civil, que eu, aliás, tenho a obrigação de fazer. Noto que o instituto da *translatio iudice* é aplicado em diversas situações.

Com efeito, aproveita-se tudo que foi praticado, e se o ato decisório é que é nulo, anula só o ato decisório delegando-se ao judiciário a última palavra. Eventualmente avia-se o oferecimento de um agravo, mas hoje esses recursos nos Tribunais Superiores são muito limitados, porque nós não podemos mais conviver com 250 mil recursos.

A controvérsia precisa apresentar repercussão geral, ou o recurso repetitivo, conforme o caso, além de vários outros requisitos que impedem a utilização promíscua e leviana das vias

jurisdicionais. Os senhores sabem melhor do que eu que, quando a lei não é boa, o leigo não sabe distinguir o que é legislador, e o que é judiciário. Se vale da justiça que é morosa. Eles não sabem que nós não podemos criar um processo da nossa cabeça. Se a lei diz que temos que ouvir a parte, tem os que ouvir a parte. Então, se os senhores assistirem uma sessão de julgamento no STF, os senhores vão ficar estarecidos.

Já para chegar um processo no STF é uma grande dificuldade. Muito embora o leigo ache que ele adquire um status magnífico. A causa dele vai para Brasília, ele acha que isso é o máximo. Ele não entende que o processo vai, mas para voltar é mais difícil. Porque são poucos ministros para uma jurisdição que abrange todo o território nacional. Eu comecei a minha função como promotor em Trajano de Moraes, imaginem os senhores, o STF tem jurisdição sobre Trajano de Moraes. Sobre todos os Estados, sobre todas as Comarcas.

É evidente que haverá um volume absolutamente impossível se não houver uma estratégia de filtragem como essa da repercussão geral, como recurso repetitivo, como a força da jurisprudência, não só na parte relativa à concessão de rodovias, mas também em relação a todos os demais temas.

Eu espero ter trazido de alguma maneira algumas informações aos senhores e agradeço a tolerância com que me ouviram. E entendo que, realmente, como magistrados que somos, em matéria de atividade coadjuvada pelos particulares em relação ao judiciário, nós não podemos ter essa visão paternalista. O Brasil tem que ser pensado e repensado não como um milagre, porque milagre brasileiro não existe.

Nós vamos ter que nos esforçar. Mas, de qualquer maneira, eu tenho experimentado na minha vida de magistrado e à luz desses conflitos econômicos que acaba, digamos assim, desaguando na justiça, e para aproveitar o que disse no início, reafirmar que hoje nós navegamos na internet, não navegamos

mais pelos mares. Penso que todos conseguem discernir o que digo. Eu poderia afirmar que a jurisprudência brasileira, nesse particular, está mais perto do porto do que do naufrágio. Muito obrigado pela atenção.